

**A. I. N°** - 210442.0018/09-3  
**AUTUADO** - NOVA VIDA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E TRANSPORTE LTDA.  
**AUTUANTE** - ANA RITA SILVA SACRAMENTO  
**ORIGEM** - INFÁZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 15.07.10

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0189-04/10

**EMENTA: ICMS. 1.** NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. BASE DE CÁLCULO ILEGALMENTE DETERMINADA. O imposto devido a título de antecipação tributária deve ser pago de acordo com os ditames do art. 125, II, “b” do RICMS/BA, observadas as disposições dos parágrafos 7º e 8º. Apesar de ter calculado corretamente, por documento fiscal, o tributo por substituição tributária, a autuante errou ao totalizar e exigir o mesmo a cada exercício social, em virtude de falta de previsão legal. Infração nula. **2.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BEM DESTINADO AO ATIVO IMOBILIZADO. Ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento. Infração caracterizada. **3.** EMBARAÇO À AÇÃO FISCAL. FALTA DE ENTREGA DE LIVROS E DOCUMENTOS AO FISCO, NÃO OBSTANTE INTIMAÇÃO NESSE SENTIDO. MULTA. Ilícito não impugnado. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 22/12/2009 e exige ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor histórico de R\$ 503.008,14, em razão de terem sido constatadas as seguintes irregularidades:

- 1- Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e / ou do exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS/BA. Valor exigido de R\$ 470.548,14 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.
- 2- Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Valor exigido de R\$ 32.000,00 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.
- 3- Falta de apresentação de livros fiscais quando regularmente intimado. Multa de R\$ 460,00, prevista no art. 42, XX da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 252 a 256, através de advogado regularmente constituído, nos termos do instrumento de mandato de fl. 257.

Após informar que é sociedade empresária dedicada à exploração comercial no ramo de gêneros alimentícios e mercadorias em geral, entre outras atividades, opõe-se à nulidade do procedimento fiscal, em função de diversos fatos a seguir expostos.

A intimação foi dirigida a pessoa que não é sua representante legal.

O lançamento considerou como base de cálculo encargos financeiros nas vendas a prazo (correção monetária, o que afronta o art. 39 do RICMS/BA).

Ocorreu a equivocada presunção de aquisição de veículo, quando o fato gerador não se consumou, já que o mesmo está alienado fiduciariamente a uma instituição financeira, não tendo havido, ainda, a incorporação ao ativo imobilizado.

Também não foi apresentada nenhuma justificativa para o percentual adotado no “arbitramento” do valor do tributo, o que malfez seu direito constitucional à ampla defesa. Igualmente, não é possível determinar com segurança a infração cometida.

Ressalta que a presunção de ter ocorrido incorporação ao ativo permanente não autoriza a consideração de base de cálculo arbitrada sem razoabilidade. Teria havido violação ao art. 142 do CTN, em face do erro na determinação da base de tributação, já que foi tomada com fundamento em informações cedidas por administradora de cartões de crédito, com conteúdo errôneo, o que não corresponde à realidade dos fatos.

Em seguida, aduz que os dias fixados como datas de ocorrência dos fatos geradores e as respectivas datas de vencimento não guardam correspondência com a realidade, bem como caracterizam ausência de informações quanto à forma de apuração do imposto e do arbitramento da alíquota.

Por fim, impugna a multa aplicada, em virtude de seu caráter confiscatório, e requer a nulidade do Auto de Infração.

Na informação fiscal de fl. 260, a autuante assevera que o contribuinte desconhece as normas que regulam a situação em tela e os próprios ilícitos imputados, pois, às fls. 253 e 254, recorreu à Consolidação das Leis da Previdência Social para amparar o pedido de nulidade, e depois fez referência a informações supostamente cedidas por administradora de cartões de crédito, o que efetivamente não se verificou.

Não concorda com as razões referentes à intimação, que informa ter sido assinada por preposto do autuado, e ao veículo, que entende estar incorporado ao ativo fixo.

O valor usado como base de cálculo para apurar o imposto em função da diferença de alíquotas foi o constante da nota fiscal nº 346.849, que acobertou a aquisição do veículo. Com relação à substituição tributária, relativa à aquisição de açúcar em outros estados, a base de tributação foi extraída dos documentos fiscais concernentes às compras, acrescida da margem de valor adicionado de 20%, nos termos do art. 61 e Anexo 88 do RICMS/BA, cujos levantamentos foram apensados.

Requer a manutenção do lançamento de ofício.

## **VOTO**

A infração 3 não foi impugnada, motivo pelo qual não terá o mérito apreciado neste julgamento (art. 140, RPAF/BA).

Preliminarmente, insta registrar que não é possível a identificação de quem foi o signatário da intimação do Auto de Infração. Tal fato, no dia 23 de abril de 2009, foi levado para apreciação em pauta suplementar, e ficou decidido que o vício procedimental restou sanado e não enseja nulidade, uma vez que o contribuinte compareceu à lide para impugnar.

No que se refere ao alegado caráter confiscatório das multas aplicadas, verifico que as mesmas estão devidamente previstas nos dispositivos legais acima mencionados (itens 01, 02 e 03 do relatório). Portanto, a exigência é legítima. Eventual inconstitucionalidade de norma legal não pode ser apreciada por este Conselho, por inexistência de atribuição legal para tanto, de acordo com o art. 167, I do RPAF/99.

Com relação à infração 01, percebo que o art. 39 do RICMS/BA, que denominou Decreto número 33.118/91 (fl. 253), tomado por fun

composição da base de cálculo constam encargos financeiros, o que não foi constatado, em verdade dispõe sobre quem são os solidariamente responsáveis pelo pagamento do gravame nas situações que especifica. Também não se verificou a presença de informações cedidas por administradoras de cartões de crédito / débito.

No que se refere à base de cálculo, conforme levantamento de fls. 06 a 17 e cópias de notas fiscais de fls. 24 a 225, nos termos do art. 61, II, “a” do RICMS/BA, nota-se que foi computado o valor do produto (açúcar cristal) acrescido da margem de valor adicionado prevista para o mesmo no item 13 do Anexo 88 do mencionado Regulamento (20%), deduzida, a título de crédito fiscal, a parcela do tributo já destacada no (s) documento (s).

O contribuinte assevera que os dias fixados como datas de ocorrência dos fatos geradores e as respectivas datas de vencimento não guardam correspondência com a realidade.

Com efeito, existe um equívoco no procedimento adotado para a totalização do valor cobrado, que não está previsto na legislação e prejudica a Fazenda Pública Estadual. É que o imposto devido a título de antecipação tributária deve ser pago de acordo com os ditames do art. 125, II, “b” do RICMS/BA, observadas as disposições dos parágrafos 7º e 8º. Em afronta às citadas normas, apesar de ter calculado corretamente, por documento fiscal, o tributo por substituição tributária, a autuante errou ao totalizar e exigir o mesmo a cada exercício social, por absoluta falta de previsão legal.

Concluídos os atos de fiscalização, a autoridade competente deve lavrar o Auto de Infração, através do qual dá início à constituição do crédito tributário. Como qualquer ato administrativo, o lançamento deve atender a determinados requisitos, tais como portar a correta fundamentação de fato e de direito, sob pena de invalidade.

Dentre todas as espécies de lançamentos previstas no direito pátrio, maiores detalhes, rigores e exaustividade são requeridos quando se tratar da fundamentação de um lançamento de ofício, que tem o fim de exigir valores que o Fisco entende que deveriam ter sido lançados anteriormente. Como este ato administrativo é a manifestação da discordância entre partes, é indispensável que o acusado conheça as razões fáticas e jurídicas das imputações que lhe estão sendo postas, que devem ser exatas e previstas na legislação, até para que possa elaborar a sua defesa em igualdade de condições e de modo útil.

Verifico que a autuante relacionou as notas de aquisições de julho a dezembro de 2006, janeiro a dezembro de 2007 e janeiro a julho de 2008. Em 2006 e 2007, consignou como data de ocorrências os últimos dias dos anos. Em 2008 foi deduzido valor de ICMS pago (não se sabe de que mês). Por isso, nesse ano, a infração é outra: recolhimento a menos do tributo.

Obviamente, se a legislação requer a determinação da base de tributação, é necessário que se faça isso na forma prevista, em obediência aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, direitos fundamentais dos cidadãos plasmados na CF/88 e no art. 2º do RPAF/99.

Não se está a afirmar que a base de cálculo, no ato final do procedimento preparatório do lançamento (Auto de Infração), deva ser de pronto a correta, posto que sujeita a ser apreciada e modificada, nunca para maior, no contencioso administrativo ou judicial. O que se afirma é que deve ser delineada legalmente, para que o acusado tenha a necessária noção do que lhe está sendo imputado e para que o julgador exerça a sua função com base em premissas palpáveis, observando-se o inafastável princípio do devido processo legal.

Assim, entendo que é nula a infração 01.

No mérito da infração 02, de acordo com o demonstrativo de fl. 05 e o documento de fl. 22 (nota fiscal de venda, conforme o que está apostado no campo “NATUREZA DA OPERAÇÃO”), percebo que a base de cálculo tomada foi a quantia aposta no campo “VALOR TOTAL DA NOTA”. Portanto, não assiste razão ao autuado no que se refere aos argumentos relativos às informações supostamente fornecidas por administradoras de ca

documento fiscal foi 31/10/2007, sendo razoável concluir que o produto ingressou no estabelecimento no mês de novembro de 2007, o que demonstra estarem corretas as datas de ocorrência e vencimento consignadas na fl. 02. Nessa senda, foi concedido de forma pertinente o crédito de R\$ 22.400,00, referente ao imposto devido ao Estado do Paraná.

Conforme o art. 5º, I do RICMS/BA, para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento.

Caracterizada a infração 02.

Represento à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal relativa à infração 01, desta feita sem os equívocos ora apontados.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no montante de R\$ 32.000,00 de imposto (infração 2) além da multa no valor de R\$ 460,00 referente a terceira infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210442.0018/09-3**, lavrado contra **NOVA VIDA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E TRANSPORTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 32.000,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 460,00**, prevista no inciso XX dos acima citados artigo e Lei, e dos acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea ‘a’, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR